



# Sogn og Fjordane fylkeskommune – Torghatten ASA Møte med Konkurransetilsynet 4. mai 2016

# Agenda

---

- Innledning – avhjelpende tiltak som eliminerer risikoen for samordning mellom Fjord1 og Torghatten
  - Torghatten og AdeB
- Ensidige effekter av Torghattens deleierskap i Fjord 1
  - Oslo Economics
- Kravene til bevis ved vurdering av mulig fremtidig atferd
  - Wiersholm

# Ikke samordning mellom Torghatten og Fjord1

---

- Foretakssammenslutningen medfører ikke risiko for konkurransebegrensende samordning mellom Torghatten og Fjord1; på grunn av:
  - Eierstrukturen
  - Aksjonæravtalen
    - Avskjærer Torghatten fra å påvirke Fjord1 til å konkurrere mindre
  - Rutiner for eierstyring samt konfidensialitetserklæring for styremedlemmer
    - Sikrer «vanntette skott» mellom Fjord1s operative virksomhet og Torghatten
      - Styremedlemmer i Fjord1 og F1 Holding kan ikke være ansatt/involvert i Torghatten
      - Konfidensialitetsplikt for styremedlemmene
      - Torghatten kan ikke instruere styremedlemmene
  - Konkurranseloven § 10
    - Forbyr samordnet atferd mellom Fjord1 og Torghatten
  - Aksjeloven

# Avhjelpende tiltak

---

- Teoretisk mulighet for at melderne *kan* gjøre endringer i avtaleverket
- For å avhjelpe denne risikoen har melderne tilbudt avhjelpende tiltak
  - Ikke foreta endringer i avtaleverket som kan legge til rette for koordinering mellom Fjord1 og Torghatten
  - Gjeldende i inntil fem år fra gjennomføring
    - Men bare så lenge felles kontroll
- Eliminerer enhver risiko for samordning mellom de to konkurrentene

# Ensidige effekter – Torghattens deleierskap i Fjord 1

*Konkurransetilsynet, 4. mai 2016*

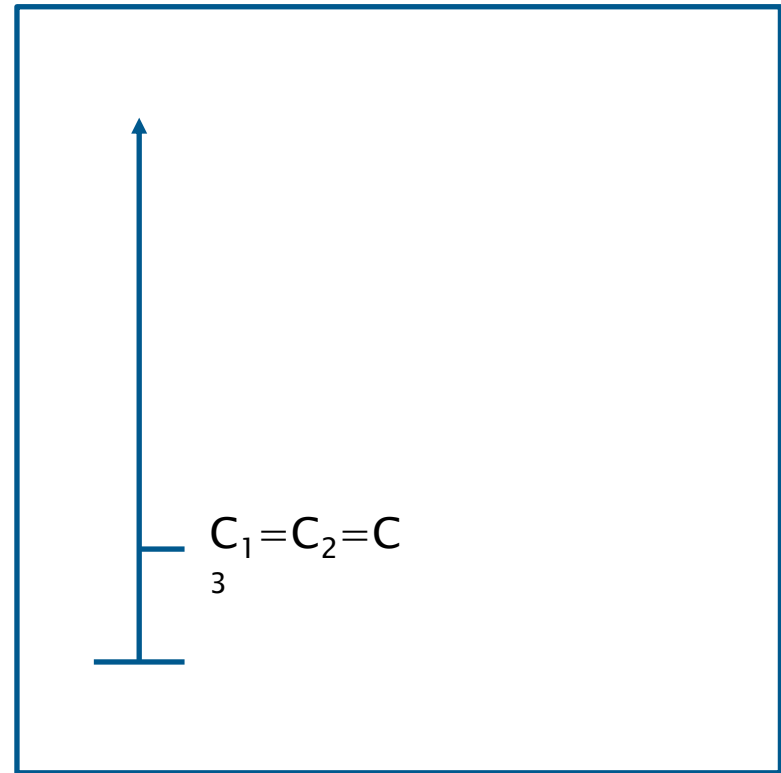
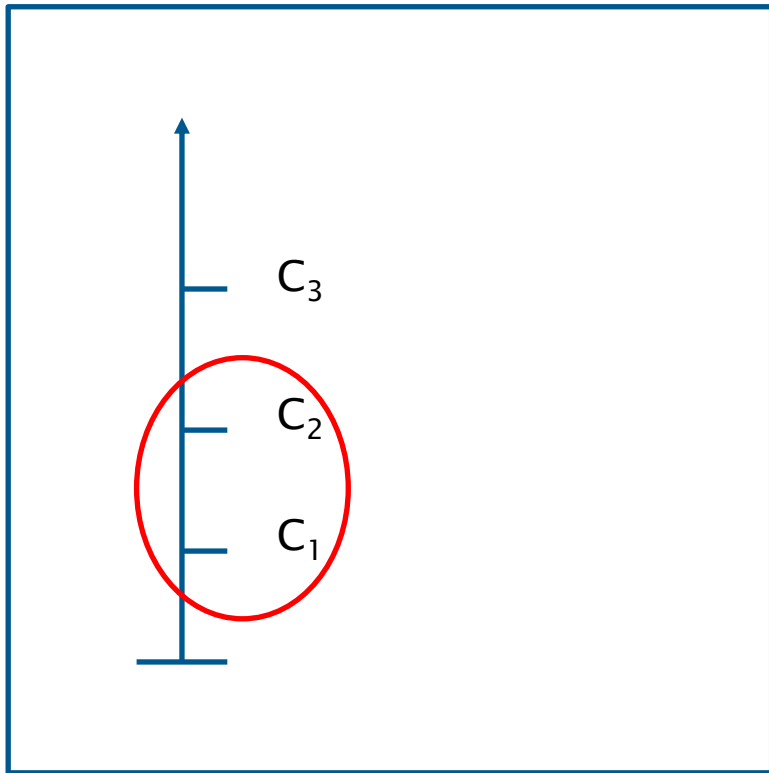
A close-up, angled view of a financial table with a blue grid. The table contains numerical data, including the unit '€(000)' and the year '2003'. The numbers are arranged in rows and columns, with some values appearing to be sums or totals. The table is partially obscured by a white rectangular area on the left side of the image.

	2003	€(000)
	1.368.735	285.585
	1.654.300	178.372
	40.170	218.542
	61.89	23

# Deleierskap – insentiver og endring i markedsmakt

- Spørsmålet er om Torghattens kjøp av aksjer i F1 Holding innebærer en *endring* i mulighetene og insentivene til å utøve markedsmakt
  - Fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning
- For at et oppkjøp eller fusjon mellom to aktører skal kunne medføre *ensidige effekter* må det være en disiplinerende konkurranse mellom aktørene som kan reduseres
  - Når eksisterer det en relevant konkurranseflate mellom aktørene i fergemarkedet?
  - Og eksisterer det en slik konkurranseflate mellom Fjord 1 og Torghatten?
- Helt grunnleggende vilkår for inngrep at deleierskapet faktisk gir muligheter og insentiver til å konkurrere mindre hardt
  - Endringen som utløser meldeplikt her er Torghattens delvise indirekte eierskap i Fjord 1
  - Satt på spissen – sitat fra PHILLIP AREEDA & DONALD F. TURNER, ANTITRUST LAW: "noncontrolling acquisition has no intrinsic threat to competition at all."

# Anbudskonkurranse med homogene produkter



# Hard konkurranse når materiellet skiftes ut

Oversikt over kontrakter der det har, og ikke har blitt satt inn nybygg ved kontraktsoppstart

	<b>Eksisterende operatør vinner eller det inngås underleverandøravtale med eksisterende operatør</b>	<b>Ny operatør vinner</b>
Nytt fartøy	9	8
Kun eldre fartøy	30	5

Halvparten av kontraktene med nytt fartøy går til ny aktør

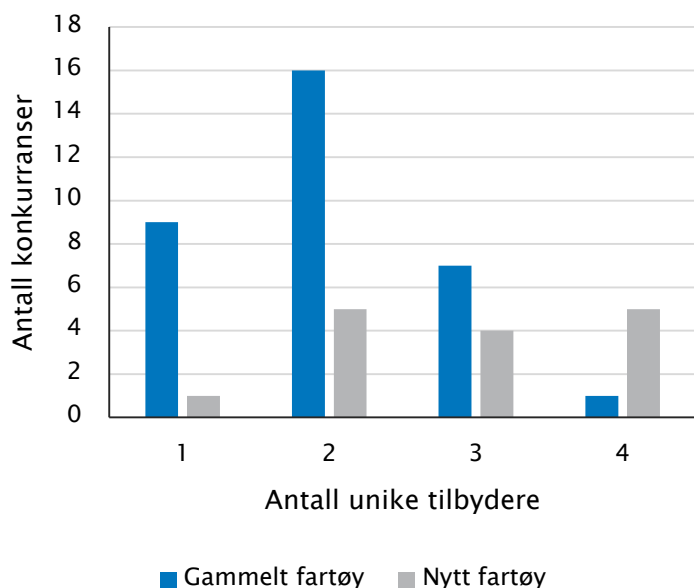
85 prosent av kontraktene der det benyttes eldre fartøy har gått til eksisterende operatør



# Ingen kostnadsfordel når konkurransen starter på nytt

Hardere konkurranse når det kreves nytt fartøy

Fordeling av antall unike tilbydere per konkurranse, etter om nytt fartøy settes inn eller ikke



Spredning mellom innkomne tilbud, etter fremdriftsteknologi og nybygg

	Nytt fartøy	Kun eldre fartøy
Alternativ fremdriftsteknologi	105 %	34 %
Tradisjonell fremdriftsteknologi	12 %	21 %

# Lav lønnsomhet hos fergerederiene

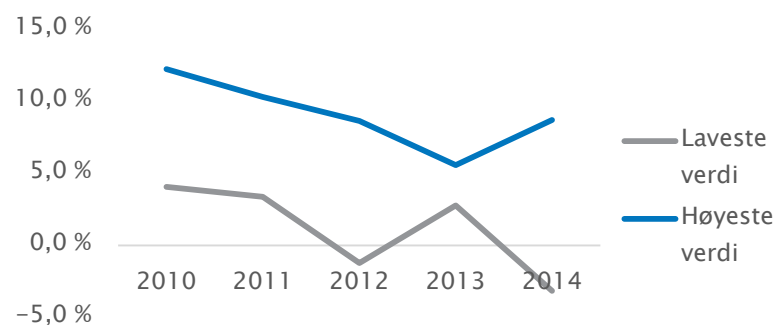
Hard konkurranse gir lave marginer

## Fergerederienes driftsmargin

\*inkl. hurtigbåtvirksomhet \*\*inkl. buss- og hurtigbåtvirksomhet

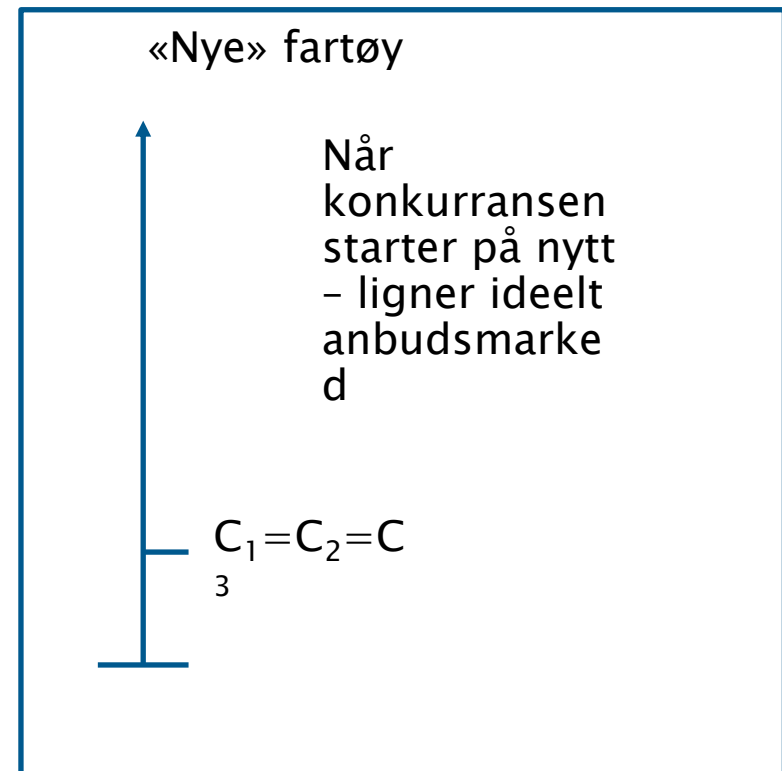
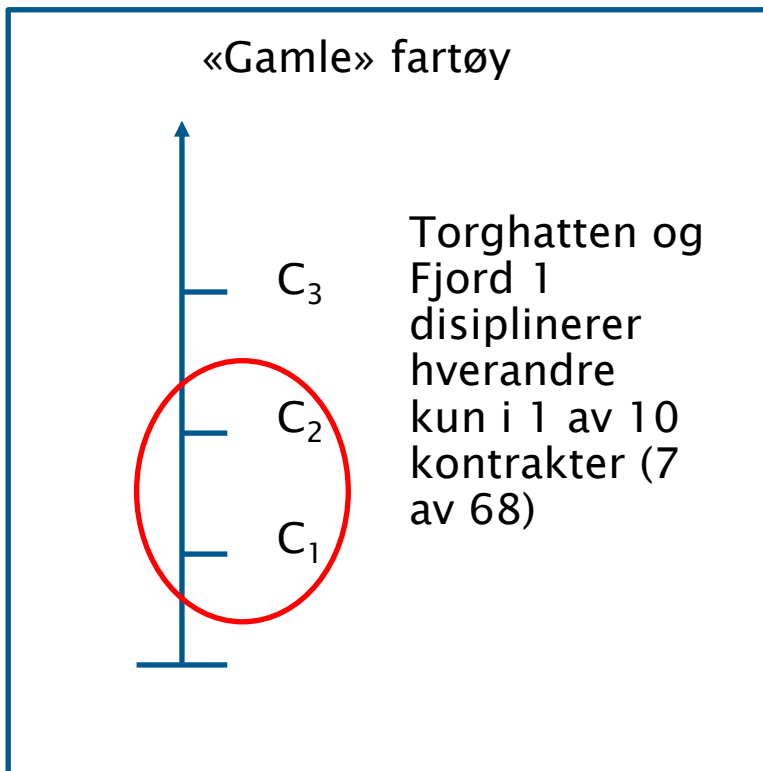
	2010	2011	2012	2013	2014
Boreal Transport Nord AS**	4,1 %	3,4 %	3,1 %	2,8 %	4,7 %
Fjord1 AS	9,0 %	5,7 %	-1,2 %	3,7 %	8,7 %
Norled AS*	5,5 %	4,3 %	3,9 %	4,5 %	-3,1 %
Torghatten (sjøselskap)*	12,2 %	10,3 %	8,6 %	5,6 %	8,7 %

## Høyeste og laveste verdi for driftsmargin per år



# Begrenset relevant konkurranseflate mellom Torghatten og Fjord 1

Fjord 1 og Torghatten er ikke nære konkurrenter



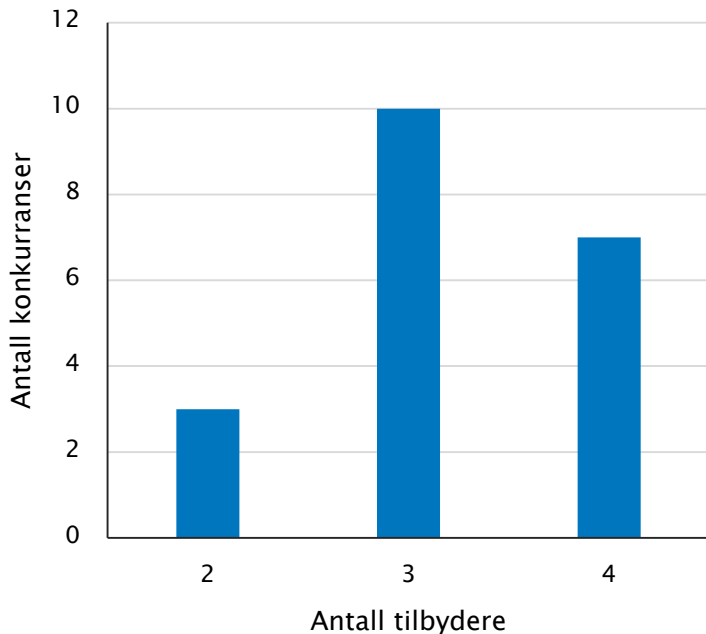
# Oppsummering – relevant konkurranseflate mellom Torghatten og Fjord 1

- Når det stilles krav om nytt materiell – nye ferger – konkurransen starter på ny
  - Ingen historisk kostnadsfordel for noen aktører
  - Deleierskap uten betydning for resultatet – ingen markedsrett før eller etter
- Trenger heller ikke være bekymret for nye konkurranser etter at fartøy er skiftet ut
  - Hard konkurranse i første runde med nytt materiell
  - Konkurrerer bort markedsrett (basert på kostnadsforskjeller) i påfølgende runder
  - Spiller ingen rolle om kostnadsforskjellene øker (endret markedsrett)
- Potensielt kun betydning i fremtidige konkurranser der det fortsatt skal benyttes fartøy som eksisterer i dag
  - Fjord 1 og Torghatten er ikke nære konkurrenter
  - Disiplinerer hverandre kun i 1 av 10 slike konkurranser i dag
  - Enda færre hvis økt behov for nytt materiell i fremtidige konkurranser

# Uansett lite rom for utøvelse av markedsmakt

Andre aktører disiplinierer Torghatten og Fjord 1

Fordelingen i antall tilbydere betinget på at både Fjord1 og Torghatten har levert tilbud

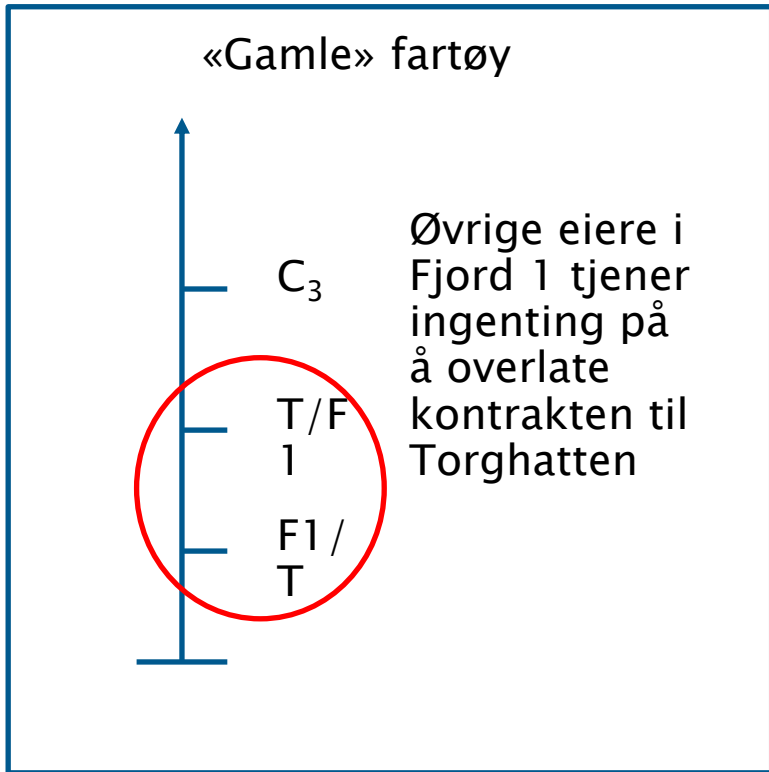


Torghatten og Fjord 1 har levert tilbud i samme konkurranse i 20 av 68 tilfeller  
I 17 av disse 20 konkurransene har det også vært flere andre tilbydere

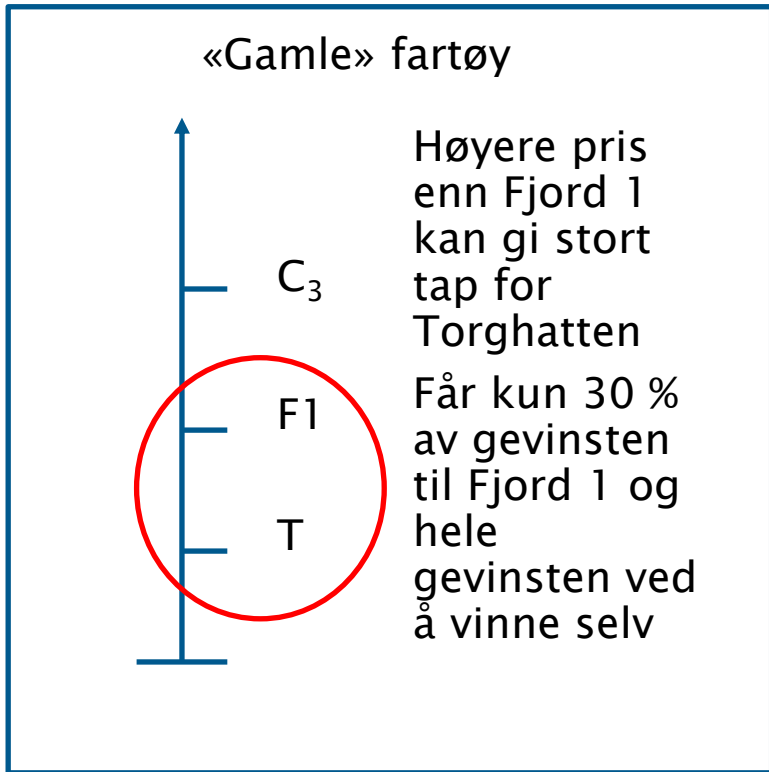
# Deleierskapet endrer ikke incentivet til å konkurrere hardt

- Sogn og Fjordane fylkeskommune og Håfjord har uansett ingenting å tjene på at Fjord 1 konkurrerer mindre hardt
  - De utgjør flertallet av de økonomiske interessene i Fjord 1
  - Torghattens indirekte eierandel påvirker derfor ikke hvordan Fjord 1 ensidig opptrer i markedet
- Kun potensielt 1 av 10 konkurranser hvor Torghatten kan tjene på (ha incentiv til) å konkurrere mindre hardt – blir disiplinert av eller disiplinerer Fjord 1
  - Fjord 1 og Torghatten er ikke nære konkurrenter

# Fjord 1 sitt insentiv er upåvirket – ingen endring i markedsrett

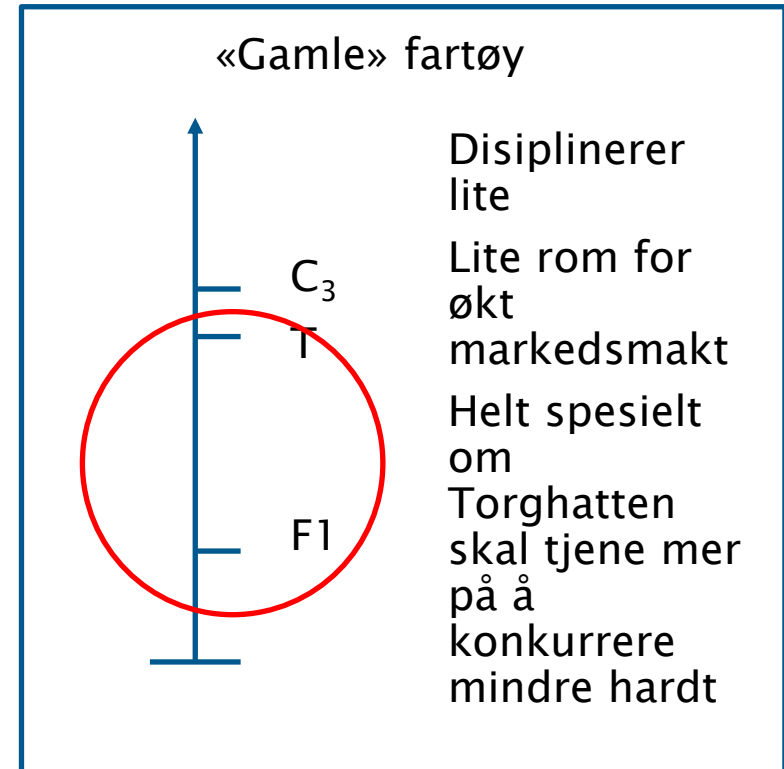
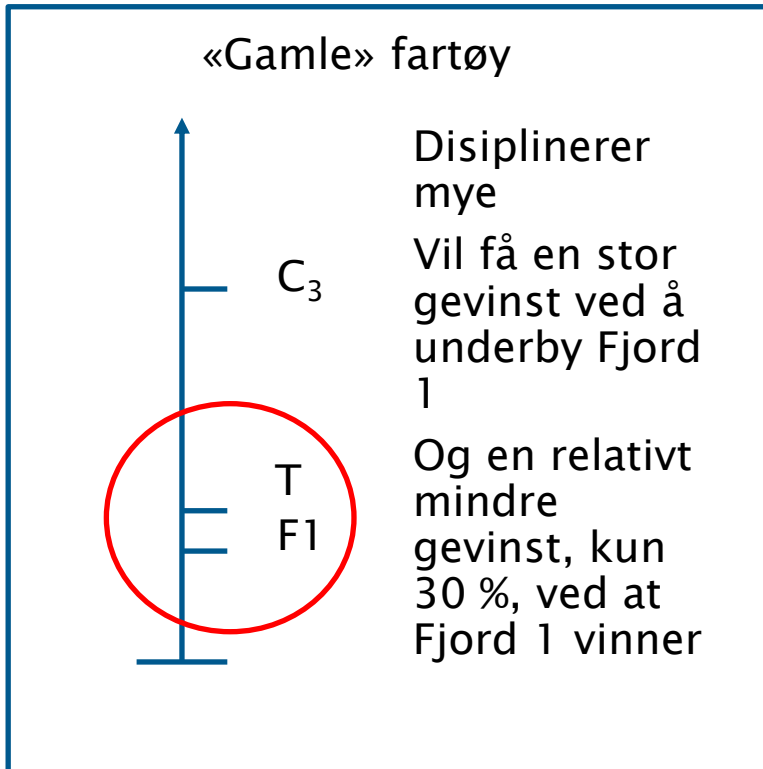


# Hva med Torghattens insentiv når de har lavest kostnader?





# Hva med Torghattens insentiv når de har høyest kostnader?



# Oppsummering – deleierskapets betydning for endring i utøvelse av markedsrett

- Utgangspunktet: Potensielt kun betydning i fremtidige konkurranser der det fortsatt skal benyttes fartøy som eksisterer i dag
  - Fjord 1 og Torghatten disiplinerer hverandre kun i 1 av 10 slike konkurranser i dag (7 av 67 konkurranser vi har analysert)
  - Enda færre hvis økt behov for nytt materiell i fremtidige konkurranser
- Fjord 1 har ingen insentiver til å konkurrere mindre hardt som en følge av Torghattens deleierskap
- Av de 7 (av 67 hvor de disiplinerer hverandre) konkurransene hvor Torghatten har lavest kostnader vil Torghatten tjene mer på konkurransen – få hele fortjenesten selv
- Kun i konkurranser (av de 7) hvor Fjord 1 har veldig mye lavere kostnader enn Torghatten og samtidig at kostnadene til øvrige aktører ikke er veldig mye høyere enn Torghattens at det finnes en teoretisk mulighet for endring i markedsrett

# Vederlagsformen gir incentiver til hardere konkurranse

- Vederlaget for transaksjonen avhenger av hvilket resultat Fjord 1 leverer
  - Bedre resultater for Fjord 1 betyr høyere kjøpesum (tilleggssummer) som må betales av Torghatten til Sogn og Fjordane Fylkeskommune
- Torghatten har dermed incentiv til å konkurrere hardt mot Fjord 1 for at prisen skal bli så lav som mulig
  - Hindre at tilleggssommene utløses og dermed at betalingen for de ervervede aksjene blir så lav som mulig.

# Oppsummering – insentiver og endring i markedsmakt

- Spørsmålet var om Torghattens kjøp av aksjer i F1-Holding innebærer en *endring* i mulighetene og insentivene til å utøve markedsmakt
  - Mulighetene er begrenset siden konkurransen er hard i de fleste tilfeller
  - Insentivene også begrenset siden strukturendringen kun er et delvis indirekte eierskap – Torghatten vil tjene på å konkurrere til tross for deleierskapet
- For at et oppkjøp eller fusjon mellom to aktører skal kunne medføre *ensidige effekter* må det være en disiplinerende konkurranse mellom aktørene som kan reduseres
  - Kun en relevant konkurranseflate mellom aktørene i konkurranser der det benyttes gamle ferger fortsatt
  - I dag disiplinerer Fjord 1 og Torghatten hverandre kun i 1 av 10 slike konkurranser
- Deleierskapet gir ikke muligheter og insentiver til å konkurrere mindre hardt
  - Endringen som utløser meldeplikt gir Torghatten kun et delvis indirekte eierskap i Fjord 1
  - Siden Torghatten tjener mer på å utløse konkurranse vil "noncontrolling acquisition" i dette tilfellet ha "no intrinsic threat to competition at all."

oslo**economics**

*[www.osloeconomics.no](http://www.osloeconomics.no)*



# Sogn og Fjordane fylkeskommune – Torghatten ASA – Kravene til bevis ved vurdering av mulig fremtidig adferd

Møte med Konkurransetilsynet 4. mai 2016

*Wiersholm*

# Agenda

- 1 Innledning – oversikt
- 2 Kort om rettskildebildet
- 3 Strenge krav til bevis for å gripe inn på grunnlag av en forventning om fremtidig adferd
- 4 Strenge krav til bevis for å legge til grunn et annet kontrafaktisk scenario enn status quo
- 5 Oppsummering

# Oversikt

- Transaksjonen gir ikke grunnlag for noen konkurransebegrensende samordning mellom Fjord1 og Torghatten Sjø
  - Forslag til avhjelpende tiltak 2. mai 2016
- Torghatten vil ikke ha insentiver til å konkurrere mindre hardt med Fjord1 etter transaksjonen
  - Presentasjon, Oslo Economics 4. mai 2016
- Terskelen for å gripe inn mot en transaksjon basert på en forventning om fremtidig adferd er høy
  - Forarbeidsuttalelser
  - Praksis i EU-domstolene
  - Kommisjonspraksis
- Terskelen for å legge til grunn en annen alternativsituasjon enn status quo er høy
  - Kommisjonens horisontale retningslinjer
  - Konkurransetilsynets egen praksis



## Kort om rettskildebildet

- Praksis og teori knyttet til mulige insentivvirkninger av minoritetseierskap direkte relevant
  - Torghattens økonomiske interesse i Fjord1 etter transaksjonen (29,5 %) kan likestilles med et minoritetseierskap
- Praksis som gjelder vertikale- og konglomeratfusjoner gir veiledning til vår sak
  - Gjelder insentiver og muligheter til å opptre på en bestemt måte etter transaksjonen
- Tilsvarende uttrykt i juridisk teori

## Det stilles strenge krav til bevis for å gripe inn på grunnlag av en forventning om fremtidig adferd

- NOU 2012:7 – uttrykt tvil om hvorvidt rene insitamentsvirkninger bør være tilstrekkelig til å begrunne et inngrep (s. 150):
  - *"[...] Videre er utvalget i tvil om rene incitamentsvirkninger bør være tilstrekkelig til å begrunne et inngrep, jf. punkt 1 ovenfor. Det fremgår at disse incitamentsvirkningene er omstridte, og fremstår som vanskelig å påvise. Tatt i betraktning den terskelen som inngrepsvilkåret «vil begrense konkurransen vesentlig i strid med lovens formål» oppstiller, har utvalget problemer med å se at slike virkninger vil kunne forutses med tilstrekkelig sikkerhet til å begrunne et inngrep. Dette forholdet tilsier imidlertid ikke at kontrollen med minoritetsserverv bør avvikles, men at en sammenkobling med fusjonskontrollens materielle inngrepsvilkår ikke er optimalt."* (Våre understrekninger)
- Muligheten til å utveksle sensitiv informasjon er effektivt forhindret – terskelen for inngrep skjerpes ytterligere

## Praksis fra EU-domstolene

- › *Tetra Laval/Sidel* (C-12/03): Sannsynligheten for en bestemt adferd etter fusjonen må vurderes konkret og grundig
  - Må ta hensyn til både insentivene til slik adferd og hensyn som kunne redusere eller eliminere slike insentiver
- › *GE Honeywell* (T-210/01):
  - Krav om "convincing evidence"
  - Ikke tilstrekkelig kun å vise til økonomisk teori – må anvendes direkte på de konkrete omstendighetene i saken
  - Modellene som anvendes må være generelt aksepterte
- › *Cisco Systems Inc.* (T-79/12):
  - Krav om håndfaste bevis ("tangible evidence")

# Juridisk teori og kommisjonspraksis

## > Faull & Nikpay:

- "[...] the Commission will still have to produce a solid basis for the prediction that the merged entity will undertake leveraging [...]". (Avsnitt 5.865)
- "In cases where the Commission relies on elaborate economic theories of harm, particularly where these are predicated on behavioural rather than structural factors, such as in coordinated effects and conglomerate effects cases, it could be argued that the Commission may be held to a relatively higher standard of proof." (Avsnitt 5.1189, våre understrekninger)

## > Kommisjonens senere avgjørelser

- Vurderingene svært konkrete, omfattende og basert på kompliserte økonomiske analyser
- Tilbakeholdenhet med å gripe inn basert på en forventning om fremtidig adferd, se f.eks. *Tomtom/Tele Atlas*

## Det stilles strenge krav til bevis for å legge til grunn et annet kontrafaktisk scenario enn status quo

- Status quo skal normalt legges til grunn som den relevante alternativsituasjonen, jf. Kommisjonens horisontale retningslinjer.
- V2015-24 (Coop/Ica-saken): Det kreves støtte i konkrete holdepunkter og analyser dersom en annen markedsutvikling enn status quo skal legges til grunn.
- Terskelen er høy

# Oppsummering

- › Konkurransetilsynet må legge frem solide og håndfaste bevis for at Torghatten vil konkurrere mindre hardt med Fjord1 etter transaksjonen.
- › Konkurransetilsynet må sannsynliggjøre, med støtte i konkrete holdepunkter og analyser, at det er grunnlag for et annet kontrafaktisk scenario enn status quo.
- › Ingen slike bevis foreligger